


Het dubbele gelaat van de

View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk

brought to you by  CORE

provided by Leiden University

Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten'; het openingsartikel van ons Burgerlijk Wetboek biedt een bondige samenvatting van de winst van de revolutie. Het artikel onthult tevens het dubbele gelaat van de vrijheid: de afwezigheid van knechtschap ('persoonlijke dienstbaarheden worden niet geduld') en de aanwezigheid van mogelijkheid tot zelfontplooiing ('de bevoegdheid tot 'het genot van de burgerlijke rechten').'¹

(...)

'Hier verschijnt wederom het dubbele aspect van de (contract)vrijheid in beeld: de afwezigheid van dwang en de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang.'²

Het dubbele gelaat van de contractvrijheid, zoals in deze passages door Hans Nieuwenhuis verwoord, is voor mij een sprekend beeld. Nu geldt dat voor meer passages uit Hans' werk: de kracht van zijn werk ligt onder meer in zijn vermogen beelden op te roepen die de lezer bijblijven. Voor mij is dit evenwel een in het bijzonder inspirerende passage geweest bij mijn onderzoek naar contractdwang. Bij contractdwang krijgt het dubbele gelaat van de contractvrijheid namelijk scherpe contouren. De afwezigheid van dwang

¹ J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: C.J.J.M. Stolker en T. Hartlief (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 25.

² Nieuwenhuis 1999, p. 30.

waarover het tweede bovengenoemde citaat spreekt, is er niet. Er is juist wel sprake van dwang: contractdwang.

Stopt men daar de redenering, dan wordt het andere gezicht van de contractvrijheid vergeten; zelfontplooiing. Wiens zelfontplooiing? Die van de andere partij. Contractdwang is een instrument ter bescherming van de contractvrijheid, iets dat alleen begrepen kan worden als men zich bewust is van het dubbele gelaat van de contractvrijheid. Daar komt in het geval van contractdwang nog bij dat het strikt genomen gaat om twee maal het dubbele gelaat van de contractvrijheid. Voor beide contractanten geldt als uitgangspunt de contractvrijheid en daarmee zowel de mogelijkheid tot zelfontplooiing als de afwezigheid van dwang. In een geval waarin contractdwang wordt opgelegd, was aan de zijde van een van beide partijen de contractvrijheid beperkt of zelfs afwezig. Om deze beperking in haar contractvrijheid op te heffen, wordt aan de andere partij contractdwang opgelegd en wordt aldus bij die partij de contractvrijheid beperkt. De paradox is dat contractdwang dient ter bevordering van de contractvrijheid.

Het dubbele gelaat van de contractvrijheid kan op ten minste twee niveaus worden bekeken. In de eerste plaats op het niveau van de individuele contractsluiting. Twee partijen zijn met elkaar in onderhandeling. Indien een van de partijen dwaalt, is hij niet vrij.³ Rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de tegenpartij kan dan met zich meebrengen dat de wederpartij de ander uit de droom moet helpen. Zo wordt ook diens contractvrijheid gewaarborgd.

Ten tweede kan in meer overkoepelende zin het dubbele gelaat van de vrijheid worden beschouwd, namelijk door naar een 'markt' in zijn geheel te kijken, naar meerdere contractsluitingen dus. Contractvrijheid wordt wel in één adem genoemd met vrije marktwerking. In een vrije markt zou de contractvrijheid bij uitstek tot zijn recht komen. Dat veronderstelt dan wel dat de markt naar behoren functioneert. Indien de markt geen 'level playing field' genereert, zullen een monopolist of een paar grote aanbieders in beginsel geen beperkingen in hun contractvrijheid ondervinden, maar de keuzevrijheid van hun klanten is nihil indien de aanbieders essentiële diensten of producten leveren.

3 Vrij naar Nieuwenhuis 1999, p. 30.

Contractdwang: de meest vergaande beperking van de contractvrijheid

Contractdwang maakt inbreuk op het beginsel van contractvrijheid. Bij contractvrijheid kunnen drie aspecten worden onderscheiden:

- een partij is vrij om te beslissen of zij een overeenkomst aangaat;
- een partij is vrij om te beslissen met wie zij een overeenkomst aangaat;
- partijen zijn vrij de inhoud van de overeenkomst te bepalen.⁴

Contractdwang maakt in de eerste plaats inbreuk op de vrijheid om te beslissen of men een overeenkomst wil aangaan. Zo is de leverancier van elektriciteit aan kleinverbruikers verplicht op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit aan iedere kleinverbruiker die daarom verzoekt.⁵

Contractdwang kan ook inbreuk maken op de vrijheid van keuze van een contractspartij. Dit doet zich onder andere voor bij contractdwang die wordt opgelegd op basis van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod. De vrijheid van een woningbouwvereniging om zelf een huurder te kiezen wordt beperkt door het gelijkheidsbeginsel. De woningbouwvereniging mag niet naar willekeur weigeren met bepaalde groepen een overeenkomst te sluiten.

Contractdwang brengt ten slotte vaak een beperking van de vrijheid om de inhoud te bepalen met zich mee. Dat is logisch, omdat anders contractdwang gemakkelijk illusoir gemaakt zou kunnen worden. Degene die verplicht moet contracteren zou buitensporige eisen kunnen stellen en daarmee feitelijk aan de contracteerplicht kunnen ontkomen.⁶

Contractdwang kan als de meest vergaande vorm van beperking van contractvrijheid worden beschouwd, omdat de vrijheid of men zal contracteren wordt beperkt. De contractspartij die contractdwang ondervindt mag niet weigeren het betreffende contract te sluiten. Daarom wordt de hiervoor beschreven ‘eigenlijke’ contractdwang met argwaan bekeken. Veel ernstiger echter, waar het betreft beperkingen van de contractvrijheid, is in mijn visie ‘feitelijke’ contractdwang.

⁴ Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 34.

⁵ Art. 95b Elektriciteitswet.

⁶ F. Bydlinski, ‘Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges’, *AcP* 180, 1980, p. 3; H.C. Nipperdey, *Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag*, Jena: Verlag von Gustav Fischer 1920, p. 31.

Feitelijke contractdwang

Niet iedere dwang die wordt ervaren bij of rondom het sluiten van een overeenkomst, levert contractdwang op. Contractdwang is, zoals gezegd, een beperking van de vrijheid om te kiezen of men een overeenkomst wil sluiten.

Feitelijke contractdwang is geen beperking van de contractvrijheid in bovengenoemde zin. Het gaat om situaties waarin iemand feitelijk geen kant op kan: hij moet wel met deze partij contracteren, omdat hij een bepaalde dienst of een bepaald product nodig heeft. Het onderscheid met contractdwang is, dat het bij contractdwang niet gaat om een feitelijke noodzaak tot contracteren, maar om een rechtens afdwingbare verplichting om te contracteren. Degene op wie contractdwang rust, is rechtens niet bevoegd het sluiten van een contract achterwege te laten. Bij contractdwang moet er verplicht een aanbod worden gedaan, dan wel het aanbod van een ander moet worden aanvaard.

Een betrekkelijk recent voorbeeld van feitelijke contractdwang wordt gevormd door HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 482 (Apothekers/Agis Zorgverzekeringen).⁷ Dit betrof een conflict tussen een aantal apothekers en verzekeraar Agis over een zogeheten medewerkers-overeenkomst. Dit zijn overeenkomsten die de zorgverzekeraars sluiten met zorgverleners, zoals huisartsen, ziekenhuizen, fysiotherapeuten en, zoals in dit geval, apothekers. Deze medewerkersovereenkomst is de basis waarop de zorgverlener de zorg die hij in natura verstrekt aan de patiënt kan claimen bij de verzekeraar. Agis wilde deze overeenkomst in die zin wijzigen dat het tarief voor de levering van incontinentie-absorptiemateriaal zou veranderen en dat dan eveneens nieuwe leveringsvoorwaarden voor dit materiaal zouden gelden. Bij acceptatie van dit voorstel zou aan de apotheek bij afloop van het lopende contract een nieuwe overeenkomst worden aangeboden. Aan de apotheek die het voorstel niet zou accepteren, zou bij afloop van het lopende contract geen nieuwe overeenkomst worden aangeboden.

De verzekeraar kan weigeren een overeenkomst te sluiten met een zorgaanbieder. De burgerlijke rechter kan die weigering toetsen aan de normen van het mededingingsrecht en het algemene verbintenissenrecht. Volgens de Hoge Raad heeft het hof terecht geoordeeld dat Agis in dit geval niet in strijd met die normen handelt. De wetgeving sluit niet uit dat een ziekenfonds ervoor kan kiezen aan alle beoogde wederpartijen een gelijklopend

⁷ Passages uit deze paragraaf komen overeen met mijn bespreking van dit arrest in *MvV* 2008, p. 59-60.

en niet onderhandelbaar aanbod te doen en slechts op die voorwaarden overeenkomsten te sluiten.

Ten tweede komt aan de orde de vraag of Agis misbruik maakt van haar economische machtspositie. Dat is niet het geval:

‘3.4.4. (...) Het hof heeft in dat verband met juistheid vooropgesteld dat Agis geen misbruik mag maken van haar economische machtspositie en dat zulks meebrengt dat zij een bijzondere zorgvuldigheid in acht heeft te nemen bij de bepaling van de prijs die zij bereid is te betalen voor de te leveren hulpmiddelen en waaromtrent zij niet wenst te onderhandelen. In het onderhavige geval is er echter naar het oordeel van het hof onvoldoende grond voor de conclusie dat de door Agis bepaalde nieuwe prijs jegens de Apothekers onrechtmatig of in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn. Aldus oordelend heeft het hof de economische machtspositie van Agis terecht in de beoordeling betrokken. Het heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de gegeven omstandigheden uit die machtspositie niet de door de Apothekers bepleite onderhandelingsplicht af te leiden.’

Tevens is in cassatie door de apothekers gesteld dat mede uit de duur van de voorafgaande contractuele relatie tussen partijen een onderhandelingsplicht van Agis zou zijn af te leiden. Een dergelijke onderhandelingsplicht kan wel uit redelijkheid en billijkheid voortvloeien, maar dat heeft het hof ook niet miskend, aldus de Hoge Raad.

De verzekeraar weigert te onderhandelen over het contract, het is een zogeheten ‘take it or leave it’ aanbod. Feitelijk is ‘leave it’ echter vaak geen optie in dit soort gevallen. Patiënten gaan natuurlijk niet naar een apotheek waar ze het materiaal zelf moeten betalen, als dat materiaal bij andere apotheken of via internet wel wordt vergoed.

Ook tussen verzekeraars en respectievelijk fysiotherapeuten, huisartsen, tandartsen en mondhygiënist hebben dergelijke problemen over de onderhandelingen over nieuwe contracten gespeeld.⁸ Formeel bestaat er contractvrijheid: de fysiotherapeut bijvoorbeeld kan weigeren om een overeenkomst te sluiten. In de praktijk blijkt dat echter een weinig realistisch scenario, omdat de fysiotherapeut dan een substantieel deel van zijn patiënten kan verliezen. Alleen die zorgverleners wier patiënten toch al weinig verzekerd zijn, durven dat aan. In Nederland zijn alleen de tandartsen in staat gebleken om en masse het aangeboden contract van de verzekeraars te weigeren.

⁸ Dit heeft geleid tot vragen in het parlement, zie *Kamerstukken II* 2005-06, 30 300 XVI, nr. 110.

Bijkomend probleem is dat het de zorgaanbieders door de NMa verboden is om collectief te onderhandelen over essentiële elementen uit de medewerkersovereenkomst als tarieven, aantal behandelingen en vestiging.⁹ Iedere huisarts, apotheker of fysiotherapeut moet nu zelfstandig met de verzekeraar onderhandelen. In de praktijk betekent dit dat de verzekeraars in grote mate hun voorwaarden aan de beroepsbeoefenaren kunnen opleggen.¹⁰ Ik besteed in deze bijdrage vooral aandacht aan dergelijke gevallen van feitelijke contractdwang op wat men wel noemt ‘de markt van zorginkoop’.

Feitelijke contractdwang: ook een beperking van de contractvrijheid

Waarom vind ik nu dat feitelijke contractdwang een groter probleem is dan echte contractdwang? In het laatstgenoemde geval is er weliswaar sprake van een vergaande beperking van de contractvrijheid, maar deze is over het algemeen, voor zover ik dat uit mijn onderzoek heb kunnen afleiden, beargumenteerd opgelegd. Contractdwang wordt niet lichtvaardig opgelegd.¹¹ Waar contractdwang wordt opgelegd, is daarvoor een rechtvaardiging te vinden in de belangen van de andere partij. Dat kan in een individueel geval zijn, dan gaat het echt om deze andere partij, maar het kan ook meer algemeen gaan om de ‘vraagzijde’ van een markt.

Feitelijke contractdwang is echter geen juridische figuur, maar – het woord zegt het al – een feitelijke figuur. Daarmee bedoel ik dat er geen rechtens afdwingbare contractverplichting bestaat. Een fysiotherapeut hoeft niet met de zorgverzekeraar te contracteren. Geen rechter zal de fysiotherapeut daartoe veroordelen. Feitelijk heeft hij evenwel weinig keuze. En de vaak wettelijk vastgelegde waarborgen die bij echte contractdwang gelden, namelijk dat men de beperking van de vrijheid zo gering mogelijk probeert te houden, en dat ook wordt aangegeven wat redelijke contractvoorwaarden zijn, ontbreken bij feitelijke contractdwang. Mijns inziens is bij feitelijke contractdwang dan ook de ‘mogelijkheid tot zelfontplooiing’ beperkt en is evenmin sprake van de ‘afwezigheid van dwang’. Ook feitelijke dwang kan naar mijn mening een beperking van de contractvrijheid opleveren.

9 Zie o.a. besluit van d-g NMa van 15 december 2000 in zaak 590, 1570 en 1972, te vinden via <www.nmanet.nl>.

10 Zie hierover: G. van der Wal & J.W. Heringa, ‘Slikken of stikken. De onderhandelingsmacht van zorgverzekeraars,’ *NJB* 2007, p. 2068-2074. Anders: J.O. Möller, ‘De onderhandelingsmacht van de zorgverzekeraars,’ *NJB* 2007, p. 2752.

11 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 342-344.

De partij die zich geconfronteerd ziet met dergelijke ‘take it or leave it’ aanbiedingen die zij onredelijk acht, staat niet zelden met lege handen. Een van de oorzaken is volgens mij dat er een vacuüm bestaat tussen het civiele recht en het mededingingsrecht. De burgerlijke rechter bemoeit zich in beginsel niet met de vraag of de inhoud van het contract redelijk is. De *iustum pretium* als toetsingsinstrument voor de rechter wordt in Nederland verworpen.¹² Uitzonderingen op het niet toetsen van de inhoud van de overeenkomst vormen de artikelen 3:40 en 6:248 lid 2 BW, maar de toetsingscriteria zijn streng. Voor algemene voorwaarden geldt artikel 6:233 sub a BW (en de zwarte en grijze lijst, art. 6:236 en art. 6:237 BW), maar niet voor niets zijn van die toetsing uitdrukkelijk de kernbedingen uitgesloten.

Waar een burgerlijke rechter zich wel mee bemoeit, is of de totstandkoming van het contract in vrijheid heeft plaatsgevonden: was er bijvoorbeeld sprake van dwaling, of misbruik van omstandigheden? De bescherming is dus vooral gelegen in de toetsing van de mogelijkheid voor beide partijen om op basis van goede informatie en zonder onheuse beïnvloeding een keuze voor een bepaald contract te maken. Om nog een citaat van Nieuwenhuis te gebruiken:

‘Evenwicht in het *onderhandelings*mechanisme leidt tot evenwicht in het onderhandelingsresultaat. Gelijkwaardige onderhandelingsposities vormen de beste garantie voor de ‘gelijkwaardigheid’ van de over en weer bedongen prestaties.’¹³

In die zin bemoeit het burgerlijk recht zich ook met het ‘level playing field’ zoals dat in het mededingingsrecht een rol speelt. Echter, waar het mededingingsrecht ziet op de markt als geheel, gaat het in het burgerlijk recht om *dit* contract en *deze* partijen.

Het mededingingsrecht zou een rol kunnen spelen, daar waar feitelijke contractdwang wordt veroorzaakt door een onvolkomen marktwerking. Enerzijds heeft de aanbieder dan te veel marktmacht en kan daardoor zijn voorwaarden opleggen. Anderzijds hebben partijen aan de vraagzijde van de markt niet de keuze om het aanbod, ook al bevalt het niet, te verwerpen, vanwege de afhankelijkheid van de dienst die of het product dat wordt gebo-

12 Zie nader T. Hartlief, ‘*Iustum pretium*: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?’, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253, met verdere verwijzingen.

13 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 58.

den. Het gaat dus om een probleem in marktmacht. Het mededingingsrecht ziet daarop, onder meer door het tegengaan van misbruik van machtsposities.

Dat het mededingingsrecht aanknopingspunten biedt om ‘take it or leave it’ aanbiedingen van zorgverzekeraars te beoordelen op een eventueel misbruik van machtspositie, blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in een geding tussen de Nederlandse Vereniging van Mondhygiënisten en de NMa.¹⁴ Het betrof een beroep tegen het besluit van NMa dat verzekeraar Menzis geen misbruik van machtspositie had gemaakt door een niet onderhandelbare medewerkersovereenkomst aan te bieden. De rechtbank merkt onder meer op:

‘Hoewel niet gezegd kan worden dat het aanbieden van standaardovereenkomsten door Menzis aan mondhygiënisten op zichzelf reeds misbruik van economische machtspositie op de inkoopmarkt voor mondhygiënische zorg vormt, valt in de gegeven omstandigheden niet uit te sluiten dat het hanteren van standaardcontracten, waarover niet individueel onderhandeld kan worden, wel tot een dergelijk misbruik zou kunnen leiden.’

Volgens de rechtbank had het daarom op de weg van de NMa gelegen om hiernaar onderzoek te verrichten.

Feit blijft evenwel dat misbruik van machtspositie moeilijk aan te tonen valt.¹⁵ Daarbij komt dat in het mededingingsrecht de klager zelf weinig invloed kan uitoefenen op ‘zijn’ zaak. Er kan een klacht worden ingediend, maar daar zijn drempels aan verbonden: men dient belanghebbende te zijn en dat begrip wordt door de NMa restrictief uitgelegd.¹⁶ Wel is daarop een correctie door de rechter aangebracht in een zaak waarin de NMa een aantal fysiotherapeuten, dat klaagde over misbruik van machtspositie van twee zorgverzekeraars bij de inkoop van fysiotherapeutische zorg, ten onrechte niet als belanghebbenden had aangemerkt.¹⁷

¹⁴ Rb. Rotterdam 21 augustus 2007, *LJN*: BB2619.

¹⁵ Zie bijv. Rb. Rotterdam 21 augustus 2007, *LJN*: BB2621 (KNGF e.a./NMa); Van der Wal & Heringa, 2007, p. 2071-2072.

¹⁶ Zie voor wat betreft medewerkersovereenkomsten: huisarts geen belanghebbende: Besluit Raad van Bestuur NMa 7 februari 2006, zaaknr. 4708/32 (Hoekstra/Agis en Amicon/Menzis); mondhygiëniste geen belanghebbende: Besluit Raad van bestuur NMa 8 februari 2006, zaaknr. 4696/36 (Van der Werff-Oor/Agis) en fysiotherapeuten geen belanghebbenden: Besluit Raad van Bestuur NMa 8 februari 2006, zaaknr. 4709/39 (Van den Berg e.a./Agis) en zaaknr. 5119/38 (De Koning/Achmea). Uitspraken te vinden via <www.nmanet.nl>.

¹⁷ Rb. Rotterdam 5 februari 2007, *LJN*: AZ9419.

De autoriteiten hoeven de klacht niet te laten volgen door een onderzoek. Dat ondervond een huisarts, die eveneens klaagde over de weigering van een zorgverzekeraar om een van het standaardcontract afwijkende medewerkersovereenkomst te sluiten.¹⁸

De norm van artikel 82 EG-Verdrag en artikel 24 Mw, het verbod op misbruik van machtspositie, is ook voor de rechter in een civiel geding in te roepen. Echter, een groot nadeel van met name het kort geding is, dat deze procedure zich niet leent voor ingewikkelde mededingingsrechtelijke zaken. Dat komt doordat veelal een diepgravend feitenonderzoek nodig is om bijvoorbeeld de relevante markt af te kunnen bakenen en de tijd daarvoor vaak te kort is.¹⁹

De beroepsbeoefenaar die zich vanwege een verschil in marktmacht feitelijk gedwongen ziet een aanbod, zonder mogelijkheid tot onderhandelen, te accepteren, wordt geconfronteerd met het probleem dat hij zich precies tussen twee blikvelden in bevindt. Hij bevindt zich in het eerdergenoemde vacuüm tussen het civiele recht en het mededingingsrecht. Om het ietwat ongenueanceerd te stellen: voor de civiele rechter bestaat in deze concrete situatie geen aanleiding om in te grijpen, mede omdat hij zich meestal niet kan verdiepen in de marktsituatie waaruit dit geschil voortvloeit en voor het mededingingsrecht geldt het omgekeerde: het mededingingsrecht ziet vooral op marktverstoringen en daarvoor is het geval juist te individueel om in te grijpen.

Eén van de partijen is feitelijk gedwongen te contracteren, terwijl de inhoud van het contract haar niet zint, en de wederpartij haar wellicht ook niet zint. Ik zie daarin een inbreuk op de contractvrijheid.

Nu kan men natuurlijk tegenwerpen dat het recht geen voorziening geeft voor wenselijke contracten, maar alleen de onmiskenbare ontsporingen aanpakt.²⁰ Ik ben evenwel van mening dat feitelijke contractdwang in sommige gevallen wel degelijk als een dusdanige belemmering van de contractvrijheid kan worden beschouwd, dat ingrijpen gerechtvaardigd zou zijn. De gevallen waarin beroepsbeoefenaren een niet-onderhandelbaar aanbod van een zorgverzekeraar krijgen, vallen daar mijns inziens geregeld onder.

Daarbij speelt niet alleen de vraag een rol of het aanbod van de zorgverzekeraar inhoudelijk apert onredelijk is. Ik denk dat dit zelden het geval zal zijn. Zou een zorgverzekeraar na een jarenlange probleemloze contractuele relatie ineens een aanbod doen, waarbij

18 Rb. Rotterdam 2 december 2004 (Kingma/d-g NMa), *LJN*: AS3852.

19 Vgl. K. Defares, J. Langer & R. Elkerbout, 'Rechtspraak mededingingszaken 2007', *M&M* 2008, p. 166.

20 Vgl. M.W. de Hoon, 'Macht in interactie', *NTBR* 2008, p. 394, die stelt dat het civiele recht gelukkig vooral aandacht heeft voor de 'zwaardere gevallen' van machtsonevenwicht.

duidelijk is dat de zorgverlener met een dergelijke vergoeding geen rendabele praktijk kan voeren, dan acht ik bovendien waarschijnlijk dat de rechter desgevraagd zal oordelen dat het doen van een dergelijk aanbod in strijd is met de redelijkheid en billijkheid of wellicht misbruik van machtspositie oplevert.

Het gaat evenwel niet zozeer om de inhoud van het gedane aanbod, maar om de uitgangspositie bij de onderhandelingen, indien vastgehouden wordt aan het uitgangspunt dat het civiele recht niet treedt in het inhoudelijk evenwicht van het gesloten contract. Hierbij dient mijns inziens aandacht te bestaan voor het fenomeen dat de overheid om bepaalde doelstellingen te bewerkstelligen (doelmatiger inkoopbeleid van verzekeraars en daarmee betaalbare zorg op de langere termijn), concurrentie invoert. De vraag kan worden gesteld of er wel sprake is van een daadwerkelijke markt, in dit geval de inkoopmarkt in de zorg, en of de spelregels goed worden gehanteerd. Het enkele overlaten aan de onderhandelingen van private partijen is immers geen garantie voor een billijk onderhandelingsresultaat als de basisvoorwaarden voor gelijkwaardige onderhandelingen niet aanwezig zijn.

Mogelijke oplossingen

Een oplossing voor de feitelijke contractdwang zoals die wordt ervaren door sommige beroepsbeoefenaren in hun relatie tot de zorgverzekeraars zou kunnen zijn om de marktomstandigheden aan te passen. Ik denk daarbij vooral aan de mogelijkheid voor beroepsbeoefenaren om collectief te onderhandelen, zodat zij een sterkere positie hebben ten opzichte van de verzekeraar.²¹ Het grote bezwaar tegen die mogelijkheid van het gezamenlijk onderhandelen door beroepsbeoefenaren is dat zij dan minder onderling concurreren. Dergelijke concurrentie heeft de wetgever juist wel beoogd, opdat de kosten van de zorg omlaag zouden kunnen en de kwaliteit omhoog. De verzekeraar moet als spin in het web kunnen kiezen tussen de verschillende aanbieders van zorg. Het maken van een goede selectie verloopt moeizamer met collectieve contracten. In een advies uit 2008 van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg wordt gesteld dat de zorginkoop van essentieel belang is om de doelstellingen van de in 2006 ingevoerde Zorgverzekeringswet te laten sla-

21 Vgl. WS. Geelhoed & F.J. Leeftang, 'Nma-richtsnoeren voor de zorgsector nader beschouwd,' *M&M* 2008, p. 121-123. De toezichthouder is overigens niet louter de NMa, maar ook de Nza.

gen, maar dat deze markt nog niet daadwerkelijk van de grond is gekomen. Verzekeraars kopen nog niet selectief genoeg in, aldus het advies.²²

Een andere mogelijke oplossing voor feitelijke contractdwang is wellicht daadwerkelijke contractdwang. Contractdwang ziet in eerste instantie natuurlijk op contractweigeringen en dat is bij feitelijke contractdwang niet aan de orde. Er wordt hier namelijk wel een aanbod gedaan. De parallel met situaties waarin contractdwang wordt opgelegd, is de ongelijke machtspositie.

In mijn proefschrift heb ik als ratio van het opleggen van contractdwang in hoofdzaak twee omstandigheden geïdentificeerd: machtsonevenwicht en ten onrechte gemaakt onderscheid. Machtsonevenwicht is ook bij feitelijke contractdwang het probleem. Ik heb beschreven dat het machtsonevenwicht veroorzaakt wordt door enerzijds een machtige positie aan de aanbodzijde en anderzijds een grote afhankelijkheid van de aangeboden dienst of het aangeboden product aan de vraagzijde. Die kenmerken van de markt vallen ook bij de hier aan de orde zijnde vorm van feitelijke contractdwang te onderscheiden. Om bij het actuele voorbeeld van de contractsonderhandelingen tussen de ziektekostenverzekeraars en de genoemde beroepsbeoefenaren te blijven: er is een beperkt aantal verzekeraars aan de aanbodzijde en er zijn veel beroepsbeoefenaren aan de vraagzijde. Die beroepsbeoefenaren zijn in hoge mate afhankelijk van het sluiten van een overeenkomst met de verzekeraars, omdat hun klanten (de patiënten) zich anders tot een andere beroepsbeoefenaar zullen wenden, die wel een verzekering is aangegaan. Daar krijgt de patiënt immers de kosten vergoed en anders moet hij ze zelf betalen, of op zijn minst voorschieten.

Een oplossing zou derhalve kunnen zijn de invoering van wettelijke contractdwang voor ziektekostenverzekeraars ten opzichte van de beroepsbeoefenaren. Bij wettelijke contractdwang worden eigenlijk altijd ook de voorwaarden vastgelegd. Geregeld is eveneens sprake van 'take it or leave it' aanbiedingen: de openbaar vervoerder hanteert bijvoorbeeld bepaalde tarieven, waarover als individuele klant niet te onderhandelen valt. In de bepaling van die tarieven is de openbaar vervoerder echter niet volledig vrij, omdat anders de contractdwang makkelijk illusoir zou worden.

Invoeren van wettelijke contractdwang ligt, waar het een medewerkersovereenkomst betreft, echter bepaald niet voor de hand, nu de contracteerplicht van het toenmalige zie-

22 *Zorginkoop*, Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de Minister van VWS, 2008, p. 7-8.

kenfonds bewust is afgeschaft met de Wet beperking contracteerplicht in 1992 en er sedertdien een tendens is geweest om meer marktwerking in de zorg te bewerkstelligen, zij het dat er nu pas op de plaats gemaakt lijkt te worden.

Nu er geen wettelijke regeling is die stelt dat er gecontracteerd moet worden, mag een partij uit hoofde van haar contractvrijheid een aanbod doen dat haar wel goed uitkomt en de andere partij niet. De 'bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang' brengt dat met zich mee. Over dat aanbod hoeft ook niet te worden onderhandeld. Een dergelijke onderhandelingsplicht wordt weleens uitgesproken, maar dan gaat het om vastgelopen of afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase. Bij 'take it or leave it' aanbiedingen is het probleem nu juist dat er in het geheel niet wordt onderhandeld. Dat wil niet zeggen dat de jurisprudentie over gebondenheid in de precontractuele fase geen rol kan spelen. Door het bestaan van een eerdere, vaak langdurige, contractuele relatie, kan er een gehoudenheid bestaan om op zijn minst over een passend aanbod te onderhandelen. Bij de medewerkersovereenkomst speelt dat een rol. Er bestaat tussen de verzekeraars en de beroepsbeoefenaren meestal een langdurige relatie, waarin steeds nieuwe overeenkomsten worden gesloten met betrekking tot vergoedingen van verschillende behandelingen en producten. Die langdurige relatie kan met zich mee brengen dat niet altijd een 'take it or leave it' aanbod met betrekking tot een nieuw contract geduld hoeft te worden.

A-G Keus merkt hier in zijn conclusie voor eerdergenoemd arrest Apothekers/Agis over op:

'2.7 (...) De verwijzing naar de precontractuele fase is wellicht niet geheel zuiver, voor zover het gaat om gevallen waarin, zoals hier, een ziekenfonds bij het expireren van een medewerkersovereenkomst verlenging of hernieuwing daarvan weigert. In zulke gevallen is immers niet slechts - met het oog op een mogelijke verlenging of hernieuwing van de medewerkersovereenkomst - van een precontractuele, maar - gezien vanuit het perspectief van de expirerende of geëxpireerde medewerkersovereenkomst - ook van een contractuele of postcontractuele verhouding sprake. Dat aldus reeds in de fase waarin een mogelijke verlenging of hernieuwing van de overeenkomst aan de orde komt, van verbintenissen uit anderen hoofde tussen partijen sprake is, verschaft weliswaar een stevige (contractuele) basis aan de gelding van redelijkheid en billijkheid als bron van verbintenissen (art. 6:2 en art. 6:248 BW), maar impliceert niet noodzakelijkerwijs dat eerder dan in een louter precontractuele verhouding van een onderhandelingsplicht sprake zal zijn. Weliswaar kan bij de beoordeling van een plicht tot (door)onderhandelen de voorafgaande relatie tussen partijen een rol spelen, maar men hoede zich aan een dergelijke voorafgaande relatie te snel conclusies te verbinden. (...)'

Contractuele, postcontractuele en precontractuele fase kunnen in elkaar overlopen. Het feit dat een langjarig, zonder problemen uitgevoerd, contract wordt beëindigd, kan een argument vormen om een gehoudenheid tot serieus onderhandelen over een nieuw contract aan te nemen.

Het enkele feit dat er een langdurige contractuele relatie heeft bestaan, is op zichzelf evenwel niet beslissend om een onderhandelingsplicht aan te nemen. Zo was in het eerder aangehaalde arrest Apothekers/Agis een van de punten die tegen een te groot gewicht van de langdurige relatie pleitte, dat de Wet beperking contracteerplicht de contracteerplicht van het ziekenfonds had afgeschaft, om een grotere doelmatigheid en een betere kostenbeheersing te bewerkstelligen. De wetgever wilde geen vanzelfsprekende verlengingen meer,²³ en daarmee zou het aannemen van een postcontractuele gehoudenheid om te onderhandelen over een nieuw contract niet stroken.

De suggestie dat een partij die wordt geconfronteerd met feitelijke contractdwang eventueel een beroep zou kunnen doen op het totstandkomingsvertrouwen gebaseerd op de eerdere relatie, zal naar ik aanneem niet de goedkeuring van Hans Nieuwenhuis kunnen wegdragen. Hij noemde bij herhaling Plas/Valburg het slechtste arrest ooit door de Hoge Raad gewezen. In een van zijn redactionelen voor Themis pleit hij voor het vermijden van het hellend vlak van het totstandkomingsvertrouwen als proces waarbij de wederzijdse gebondenheid langzamerhand steeds sterker wordt. Hij is voorstander van een helder point of no return: 'een welbepaald moment waarop partijen zich jegens elkaar verbinden.'²⁴

Theoretisch gezien behoort ook een beroep op artikel 3:44 lid 4 BW, misbruik van omstandigheden, tot de mogelijkheden, maar praktisch gezien lijkt mij dit van weinig belang. Onder misbruik van omstandigheden wordt weliswaar ook gebracht het misbruik maken van een economische dwangpositie, en feitelijk gedwongen zijn om te contracteren met een monopolist of een partij met een sterke machtspositie kan daar onder vallen. Een beroep op art. 3:44 lid 4 BW wegens economisch overwicht leidt evenwel zelden tot succes.²⁵ Bovendien is vernietiging van de gesloten overeenkomst niet wat degene die feitelijke contractdwang ondervindt, wenst. Hij wil kunnen onderhandelen vóórdat het contract gesloten wordt. Hij heeft namelijk het contract nodig, met vernietiging schiet hij op

23 Zie conclusie A-G Keus, punt 2.12 met verwijzing naar de Wet beperking contracteerplicht (*Stb.* 1991, 584) en de memorie van toelichting daarop: *Kamerstukken II*, 1989-90, 21 357, nr. 3, p. 7-9.

24 J.H. Nieuwenhuis, 'Redactionele kanttekeningen. Point of no return', *RM Themis* 1989, p. 467-468.

25 Zie met nadere verwijzingen: M.M. Stolp, *Vermogensrecht* (losbl.), art. 44 lid 4, aant. 17.

zichzelf niets op. Het zou wel zinvol kunnen zijn om op grond van art. 3:54 lid 2 BW de rechter te verzoeken de overeenkomst te wijzigen.

Slot

‘In ons land vormt het arrest Baris/Riezenkamp een onbedreigd hoogtepunt van altruïstische retoriek: door in onderhandeling te treden komen partijen tot elkaar te staan ‘in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrenkende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door *de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij*.’²⁶

Dat gerechtvaardigde belang van de wederpartij kan ook diens contractvrijheid zijn. Het gaat dus niet per definitie om een afweging van contractvrijheid versus andere belangen, of zo men wel, beginselen. Het kan ook gaan om de afweging van de contractvrijheid van de een tegen de contractvrijheid van de ander. Dat neemt overigens het probleem niet weg hoe deze belangen tegen elkaar dienen te worden afgewogen. In gevallen van contractdwang is de vraag in welk geval de contractvrijheid van de aanbieder moet wijken voor het belang (en daarmee de contractvrijheid) van de ‘vrager’. Bij feitelijke contractdwang geldt mijns inziens dezelfde vraag en zou een vergelijkbare afweging moeten plaatsvinden. Dat zou kunnen betekenen dat er meer contractdwang nodig is om het probleem van feitelijke contractdwang op te lossen.²⁷ Wil men dat niet, dan is het zaak om, vooral in recent geliberaliseerde markten, het ‘level playing field’ beter te bewaken. Anders wordt de contractvrijheid van een partij voorop gesteld, omdat dat past in de beleidsdoelstellingen, terwijl de contractvrijheid van de andere partij uit het oog wordt verloren. Contractvrijheid voor beide partijen is een illusie indien de partijen ongelijkwaardig zijn, in dit geval in onderhandelingsmacht. Beide partijen zouden in beginsel moeten kunnen onderhandelen in de afwezigheid van dwang en in de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang.

I.S.J. Houben

²⁶ Nieuwenhuis 1999, p. 27 met verwijzing naar HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67.

²⁷ Vgl. in iets ander verband: W. Sauter, ‘Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg’, *M&M* 2008, p. 4-12.